VII Congreso Iberoamericano de Regulación:

ENERGÍA, MINERÍA, PETRÓLEO, GAS

y otros sectores regulados

Memoria

Universidad Externado de Colombia

Asier

VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE REGULACIÓN:
ENERGÍA, MINERÍA, PETRÓLEO, GAS Y OTROS SECTORES REGULADOS

MEMORIA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 978-958-710-840-8

© 2012, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.° 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2012

Diseño y composición: Departamento de Publicaciones

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

PANORAMA JURÍDICO ACTUAL DE LA ACTIVIDAD MINERA EN COSTA RICA: ANÁLISIS DE LOS RECIENTES FALLOS JUDICIALES EN LA MATERIA
Esteban Alfaro Calderón 9

LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL MERCADO AL ESTADO Y DEL ESTADO AL MERCADO
Luis Eduardo Amador Cabra 23

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS PARTES PUEDAN PACTAR CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DEL CONTRATO EN LOS SECTORES DE ENERGÍA, GAS Y TIC
Juan José Arango García 67

REGULACIÓN Y GESTIÓN DE LA ENERGÍA. MODELOS COMPARADOS
Gaspar Ariño Ortiz 105

LA MINERIA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES SU REGULACIÓN. EL CASO DEL PAISAJE PROTEGIDO DE INTERÉS PROVINCIAL "LA POLIGONAL" DE TANDIL. SU REGULACIÓN
Catherine Astolfi 125

PREMISSAS, OBJETIVOS E ASPECTOS METODOLÓGICOS DA VALORAÇÃO DO ESPECTRO DE RADIOFREQUÊNCIA NO BRASIL
Abraão Balbino e Silva
Leonardo Euler de Morais 151

ARGENTINA Y SUS COMPROMISOS INTERNACIONALES. EL CASO YPF
Alberto Biglieri 181

POLÍTICAS E INSTITUCIONES DE REGULACIÓN DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL EN COLOMBIA: 1930-2012
Constanza Blanco Barón 193

AMBIENTE REGULATÓRIO-INSTITUCIONAL NO SETOR DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA BRASILEIRA
André Castro Carvalho
Gabriel Feriancic 229

REVISÃO DOS MARCOS REGULATÓRIOS DO SETOR DE TRANSPORTES TERRESTRES REGULADOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Luiz Fernando Castilho
Nara Kohlsdorf
Carlos Fernando do Nascimento
Renata Nogueira
Carlos César Barcellos Neto
Hederverton Andrade Santos 251

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COSTARRICENSE. UNA VISIÓN LEGISLATIVA
Jorge Córdoba Ortega 261

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, EMPRESAS ESTATALES Y PROCESOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA
Erick Cuba Meneses 291

EVALUACIÓN DE LA REGULACIÓN EN IBEROAMÉRICA: CASO DEL GAS
Iñigo del Guayo Castiella 309

REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS REGULACIÓN Y CONVERGENCIA
Alfredo Fajardo Muriel 321

RETOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN LATINOAMÉRICA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL
José Ignacio Hernández G. 341

LA RESERVA DEL ESTADO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO, ASÍ COMO LAS CONEXAS Y AUXILIARES
Víctor Rafael Hernández-Mendible 389

LA REGULACIÓN RECIENTE DEL AGUA POTABLE EN LA PROVINCIA DE MENDOZA: ENTRE LA SANIDAD PÚBLICA Y LAS REGLAS DEL MERCADO
José Luis Jofré 411

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
Anna Priscylla Lima Prado 443

PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A E SUA FUNÇÃO REGULAMENTAR. UMA ANÁLISE ACERCA DO ENFRAQUECIMENTO DO PODER REGULAMENTAR DA ANP- AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCUMBUSTÍVEL NO CONTEXTO DO PRÉ-SAL
Anna Priscylla Lima Prado 461

REGULACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO SOSTENIBLE: A PROPÓSITO DE LA CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS RIO + 20
Arturo Mariño Echegaray 479

APORTES PARA UN CAMBIO JURÍDICO INSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTROL DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE EN LA PROVINCIA DE MENDOZA - REPUBLICA ARGENTINA
Silvia Ruth Moretti 495

INSTITUCIONALIDAD DEL SECTOR MINERO COLOMBIANO
Laura Moros Barrero 533

EL DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE ITINERANCIA MÓVIL INTERNACIONAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS MÓVILES
Alejandro Moscol Salinas 549

LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS (MINERÍA E HIDROCARBUROS)
Y LA CONSULTA PREVIA CON CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO
Albeiro Moya Mena 561

MARCO REGULATORIO PARA LA EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN
DE GAS SHALE EN ESTADOS UNIDOS
Margarita Teresa Nieves Zárate 609

CONCESIÓN DE OBRA CON SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA
PARADIGMA DE PRODUCCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PÚBLICOS
EN RÉGIMEN DE EMPRESA
Luis A. Ortiz Zamora 631

¿POR QUÉ LA MINERÍA ES FUENTE DE CONFLICTOS Y NO DE BIENESTAR
Y DESARROLLO?
Álvaro Pardo 657

LAS EMPRESAS DE ENERGÍA Y LA SANCIÓN DE LEYES QUE HACEN PREVALECER
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS POR SOBRE LA EXPLORACIÓN Y
EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES
María Pérez de Villarreal 667

LA ACTIVIDAD BANCARIA: ¿SERVICIO PÚBLICO, DE ORDEN PÚBLICO
O ACTIVIDAD DE INTERÉS PÚBLICO?
Lucas A. Piaggi 679

RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA
Julio Roberto Piza Rodríguez 707

GOBERNANZA DE LAS POLÍTICAS DE SERVICIO UNIVERSAL DE ENERGÍA:
EL CASO PERUANO
Edwin Quintanilla Acosta
David Orosco Zumarán 755

ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO, COMPETENCIA DESLEAL
Y SERVICIOS PÚBLICOS
María Teresa Quiñones Alayza 779

INTERPRETACIÓN DE LA LEY 1274 DE 2009 A PARTIR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
Tomas Restrepo Rodríguez 793

REGULAÇÃO TARIFÁRIA E COMPETÊNCIAS NO TRANSPORTE
COLETIVO DE PASSAGEIROS NO BRASIL
Vitor Rhein Schirato 821

COSTUMBRE Y AUTORREGULACIÓN EN MATERIA DE AGUAS EN CHILE
Daniela Rivera Bravo 843

SEGURIDAD JURÍDICA Y TENDENCIAS CONTRACTUALES EN MATERIA DE
SERVICIOS PÚBLICOS EN IBEROAMÉRICA
Jorge Horacio Sarmiento García 861

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E NORMATIZAÇÃO NA ANATEL
Ana Paula Silvestrini Vieira Alves 893

LA INTEGRACIÓN ENERGÉTICA REGIONAL
Roberto Sobre Casas 917

EVALUACIÓN DEL MECANISMO DE INCENTIVOS A LA CALIDAD DEL SERVICIO
DE DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA:
UN ENFOQUE DESDE EL MODELO AGENTE PRINCIPAL
David Riaño
Carlos Andrés Suárez 939

INSTITUCIONALIDAD: COMPETENCIA Y REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
Hebert Tassano Velaochaga 971

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NUEVA AUTORIDAD NACIONAL
DE TELEVISIÓN ANTV DE COLOMBIA
Camilo Valencia Suescún 993

AUTOGESTIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS.
NUEVOS PARADIGMAS EMANADOS DEL DIÁLOGO ENTRE JURISTAS Y ECONOMISTAS
Alejandro Vergara Blanco 1017

ARGENTINA Y SUS COMPROMISOS INTERNACIONALES. EL CASO YPF

Alberto Biglieri[1]

Presentación.

He agrupado una cantidad de datos que me parecen relevantes para abordar el tema que propongo. Se notará que esos elementos se relacionan más con la falta de políticas de estado en la cuestión energética que con el estudio del derecho expropiatorio. Estas líneas se orientan a intentar descubrir las herramientas regulatorias a que recurre el gobierno argentino, y la ubicación de estas en sus afinidades ideológicas, históricas y partidarias.

Las técnicas de presentación:

Cuando Alf Ross[2] estudiaba la utilización del término TU-TU en el idioma de la tribu Aisat- naf en las islas Noisuli del Pacífico , lo refería como la denominación cultural de un tabú – para aquel caso: los amoríos con la suegra, la ingestión de la comida preparada para los jefes o la matanza de un animal tótem –. Quien hubiera violado esas prohibiciones debía ser "purificado" para reinsertarse en su sociedad, y el autor mencionado comparaba esto con los esfuerzos de la ciencia jurídica para crear " técnicas de presentación" entre las que ubica los ordenes sistemáticos que nos ayudan a simplificar una tarea inútil como la de atribuir a cada hecho condicionante una consecuencia jurídica: si has intimado con tu suegra , o te comiste del banquete del jefe estás "TU-TU"(maldito) y deberás ser purificado. Que es lo mismo que predicar que: la intimidad con la suegra debe ser purificada….sin tabú ni miedo de por medio.

En otros términos, Ross desarrolla su estructura de proposiciones demostrando, por ejemplo que las nociones "crédito", "propiedad" o "derecho subjetivo" no tienen un valor semántico ínsito, sino que por el contrario ofician como la superstición de aquella tribu.

---

[1] Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo I de la UNLZ. Profesor Adjunto Regular de Derecho de la Integración de la UBA. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo II de la UNLP. Profesor de Posgrado en la UBA, UCALP, UNLZ, UM, UADE. Subdirector del Instituto de Derecho Administrativo del CPACF.

[2] "TU-TU" de Alf Ross. Traducido por Genaro Carrió. Colección Nueva Teoriía de Editorial Abeledo Perrot .

" Si se acuerda un pretamo, se origina un crédito; Si existe un crédito, su importe debe pagarse el día del vencimiento", lo que equivale a decir: " Si se acuerda un préstamo, su importe debe pagarse el día del vencimiento". La salida del crédito en la última proposición en nada modifica el hecho condicionante/jurídico –préstamo - de la primera proposición, ni la consecuencia jurídica condicionada de la segunda – pago al vencimiento-

En nuestro inconsciente social, político y económico las expropiaciones han tenido un fuerte valor supersticioso , muchas veces utilizadas más por su valor mediático o político que por su simplicidad jurídica al convertirse en una de esas "técnicas de presentación" que unívocamente buscan explicar una serie numerosa de hechos jurídicos ligadas a efectos.

El Estado Argentino EXPROPIO YPF – o, más exactamente un parcial del paquete accionario-

El Estado Argentino, OCUPARA TEMPORANEAMENTE YPF.

El Estado Argentino ejerció su DERECHO SOBERANO al autoabastecimiento energético.

El EXPROPIANTE deberá abonar en efectivo y previamente el valor del bien expropiado.

El Ocupante Temporáneo, durante dos años, deberá pagar por su condición.

En resumen simplificando las cuatro anteriores proposiciones – y todas las que quieran agregar – podríamos eliminar el tabú, y decir sin miedo supersticioso: El Estado Argentino deberá PAGAR por YPF.

Ahora, ¿cuando la Expropiación se transforma en la definición de una relación jurídica determinada y dejó la categoría de "técnica de presentación"'?. O con el respeto cronológico de los acontecimientos, a la inversa: ¿Cuándo la expropiación se transformó en una "técnica de presentación" o declamación política, para dejar de ser la expresión inequívoca de una limitación al derecho constitucional de propiedad? Veremos:

El valor de las palabras.

La atribución de denominaciones a ciertas instituciones del derecho tiene por objeto simplificar la tarea del operador del derecho y categorizar en forma unívoca, o lo menos equívoca posible, las relaciones que nos unen en la vida en sociedad.

Así, entendemos "compraventa" como un contrato en el que una parte transfiere una cosa a cambio de un valor a otra, "matrimonio" como la unión legal de una pareja…. "herencia" como la sucesión de la propiedad de los bienes después de la muerte, "adopción" ….etc,etc.

Expropiación:

El constituyente, y el legislador, le han atribuido una denominación inequívoca a la adquisición compulsiva de bienes por parte del Estado, dotándola además de una serie de condiciones inherentes a la legitimidad de este instituto limitante del bien constitucional tutelado por excelencia en una constitución liberal: la propiedad (en tanto que instituto, no como técnica de presentación).

Simplemente, la Constitución Nacional indica tres pilares ineludibles del instituto: la causa – utilidad pública – la declaración legislativa de la misma, y la indemnización previa. Lo que no surge del artículo 17 de la Constitución es cuál es la competencia jurisdiccional a la que se someten las controversias emergentes de esta excepcionalidad al régimen de la propiedad.

De este último párrafo, surgen dos cuestiones conexas a analizar sobre la competencia de los órganos del Estado Nacional abocados a la tarea de autoabastecer al pueblo argentino de la energía indispensable para el crecimiento y el confort. No hay duda de la potestad del Ejecutivo para el impulso político de la soberanía energética con la que soñaron Mosconi[3] e Illia[4] – dejando a salvo nuestra opinión sobre la validez de encausar ese proyecto político con el "vehículo" expropiación -. La reflexión debe caer sobre la amplitud de la potestad legislativa de determinar la factibilidad de la expropiación de bienes, y sobre la eventual competencia jurisdiccional ante algún tipo de controversia.

Es la política….

Las alternativas de técnica jurídica, los análisis jurisprudenciales y los precedentes históricos ocurridos en la Argentina, que se utilizaron (¿?) para dictar la declaración de utilidad pública sobre una porción (mayoritaria) del paquete accionario han recibido un exhaustivo estudio en el trabajo de Estela Sacristán[5], al que me remito.

[3] General Enrique Mosconi, Primer Director y Fundador de YPF en 1922, durante la Presidencia de Marcelo T. de Alvear.
[4] Arturo Umberto Illia. Presidente de la Nación Argentina. 1963-1966.
[5] SACRISTAN, Estela. Una (no tan nueva) Ley de Hidrocarburos para tomar el control de YPF. El Derecho.

La situación de hecho resultante de la ocupación temporaria la ha tratado Rodolfo Barra.[6]

Prefiero, entonces, dedicar este espacio a la cuestión de la utilización de las ideas jurídicas aplicadas para justificar las decisiones políticas de economía que desembocaron en la actual situación de YPF.

Cuando Petrobras desembarco en la Argentina buscó, con afán y esfuerzo económico " comprar" la albiceleste camiseta de futbol del Racing Club de Avellaneda[7]. El sponsoreo del fútbol en la Argentina es una de las "vidrieras" preferidas de las grandes marcas nacionales e internacionales de alta exposición.

Sus formadores de imagen interpretaron la línea que les bajaba la alta conducción de la petrolera: el objetivo buscado era la compra o fusión con YPF y el profundo arraigo de la petrolera estatal en el inconsciente colectivo de la argentinidad exigía un trato de extrema delicadeza. Un primer paso, el mensaje visual de leer PETROBRAS sobre la celeste y blanca en lugar de su tradicional verde *amarelha*, era una decisión audaz para la estructuración de la mayor petrolera sudamericana, en épocas en las que Chávez y su PEDEVESA todavía no asomaban en la orquesta del abastecimiento subcontinental. De paso, la utilización de esa nueva combinación de colores permitiría, igualmente, instalar el efecto del *primming*[8], esa sensación de habitualidad e internalización en el inconsciente de un estándar de normalidad.

Pero la preferencia por la atracción (fatal) de la Madre Patria, se impuso otra vez sobre otras alternativas - como en época de Alfonsín y el intento de su Ministro Rodolfo Terragno de asociar a Aerolineas Argentinas con la Scandinavian Air Sistem (SAS) que Menem trasladó a Iberia/Marsans-. Y así, YPF fue YPF-REPSOL.

Pasó mucha agua bajo el puente. En el centenario de la gesta de Mosconi , y así como está la cosa , poco habrá que festejar. Por eso el caso YPF hoy, motiva varias reflexiones: hay quienes aborrecen la estrategia gubernamental de " hostigamiento " a la otrora española YPF, para bajar su valor y poder recomprarla. Aducen: falta de coherencia, capitalismo de amigos, y falta de necesidad de reestatizar tamaña empresa – que excede holgadamente los patrimonios o posibilidad de créditos de la burguesía local aliada -

---

[6] BARRA, Rodolfo. El gobierno nacional no expropio YPF, es solo un "okupa". Diario Clarín. 31/7/2012.

[7] Equipo de Futbol de la Primera División de Argentina. Fue el primer campeón argentino en lograr una Copa Intercontinental de clubes, y es uno de las cuatro más grandes instituciones del medio (Junto a Boca Juniors, River Plate e Independiente) Paradójicamente se destacaron entre sus principales simpatizantes los Presidentes Perón y Kirchner.

[8] Ampliar en KAHNEMAN, Daniel. PENSAR RAPIDO, PENSAR DESPACIO. Editorial DEBATE. Buenos Aires . 2012. P. 75

Hay otros, por el contrario , imbuidos en un compromiso rentadamente épico : hablan de Patria, Soberanía y deleznan la privatización del gobierno peronista de los noventa.

Muchas veces, como recuerda la sabiduría oriental, la verdad aparece en el justo medio.

En el 2012 cepo cambiario mediante, igualmente, se registra un fuerte déficit de la balanza energética, en el que no se contabiliza el pago de las acciones de YPF – que la ley de expropiaciones reputa previo y en efectivo-.

En un mercado global, la regulación estatal aparece como una de las pocas armas que quedan en manos de las administraciones locales. Por cierto, la autotutela contractual de las organizaciones subfederales[9] y la exigencia estricta del cumplimiento a pié juntillas de los planes de inversiones sobre un producto de precio universalmente dolarizado, no deben merecer reparo, máxime cuando se reclaman a las distintas empresas del sector. Son pasos lógicos del mercado global del capital: acuerdos de protección reciproca de inversiones, sometimiento al control del lavado de dinero, tratados anticorrupción, pautas de contrataciones públicas[10] etc. Implican respeto por los contratos firmados, que con todas esas ventajosas condiciones, no debe asustar que se les exija a los grandes grupos económicos cumplir su contraparte.

Ahora, también es verdad, que el gobierno nacional - y un poco los provinciales - quedan presos de ideologismos y anuncios propagandísticos de dudoso contenido.

El hostigamiento regulatorio, y las medidas resolutivas de los contratos de exploración - sanción máxima en ese esquema contractual - nos reinstalan en la dimensión menemista. Son herramientas diseñadas en las privatizaciones y su utilización convalida su fuente original. Son esas políticas publicas neoliberales del peronismo del 90 las que se oponen diametralmente a las plasmadas en el *credo* del justicialismo fundacional: el artículo 40[11] de la constitución Nacional del General PERON.

Claro, como yá señaláramos los tratados internaciones de protección reciproca de las inversiones que firmó Menem no fueron denunciados por los Kirchner, y es por ello sostengo entonces que, ahora la noción histórica de reestatizar no existe en nuestro actual idioma jurídico político, pues estamos comprometidos a no expropiar las inversiones extranjeras utilizando la normativa vigente en nuestro

[9] No todas la objeciones de las provincias petroleras se anotan en la lista de las actividades de hostigamiento previo a la expropiación de YPF. Efectivamente, REPSOL no cumplió muchos de los compromisos de inversiones contraídos en las concesiones de areas de exploración y explotación en distintas regiones, pero esto no forma parte de la relación de adquisición de YPF por REPSOL, toda vez que esa operación no se trata de una concesión.

[10] Hemos internalizado la norma del MERCOSUR (LN 26443) . Con referencia a la OMC, Argentina solo tiene estatus de observador en ese compromiso.

[11] CN 1949. En su Artículo 40 declaraba la propiedad estatal de los recursos naturales y los servicios públicos.

derecho interno. Luce clara la vigencia superior a las leyes de los TPRI[12] y las cláusulas del Tratado de Viena[13].

Salvo que la trasnoche de la re-reeleccion y el agitar las banderas del nacionalismo económico se pretenda justificar con volver la situación de 1949. A ese esquema - del peronismo clásico - obedece más la actitud de Néstor Kirchner con el impulso y la creación de ENARSA[14], que a pesar de las quejas iniciales, hoy canaliza las inversiones públicas en energías alternativas que la transformaron en una herramienta ágil del fomento al desarrollo energético y, contaría con la posibilidad de recibir las nuevas concesiones de las áreas de exploración de hidrocarburos, ante los incumplimientos de Repsol-YPF en el caso de que no vuelvan a engordar la cartera accionaria de la nueva YPF.

El Congreso de la Nación. El Poder de Policía y sus Limitaciones.

Los Tratados internacionales de Protección Recíproca de Inversiones (TPRI), firmados a diestra y siniestra durante el gobierno peronista de Menem se convirtieron en Ley de la Nación. Para el caso que nos ocupa la LN 24118 (y por la LN24353[15] adherimos al convenio de creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI-) convalidó ese acuerdo con el Reino de España. Incorporando el contrato internacional al derecho interno, conformando lo que nuestro máximo tribunal ha calificado como un acto federal complejo[16] y que luego profundizo la misma Corte Suprema de Justicia en el caso Café La Virginia, ha tratado con precisión. El voto[17] del Juez Boggiano ilustra detalladamente la situación:

21. Que si bien es cierto que la solución del problema de la relación entre el derecho interno argentino y los tratados internacionales remite a la organización constitucional del país (confr. consid. 9°, Fallos cit. y sus citas), no lo es que del enunciado del art. 31 de la Constitución Nacional se siga que un tratado puede ser derogado por una ley posterior, pues los tratados no son "leges", en el sentido del adagio latino. En efecto, como afirmó John Jay, con referencia al art. VI de la Constitución de los Estados Unidos, que constituye el antecedente directo de nuestro art. 31: "Otros, aunque

[12] Y la supremacía jerárquica que obtienen desde los precedentes de la CSJ Ekmekdjian c/ Sofovich, y Cafés La Virginia, y la – posterior- reforma constitucional de 1994.
[13] Que en su artículo 46, impide expresamente excepcionarse de compromisos internacionales por obra del derecho interno.
[14] LN 25943, que de todas formas adoptó una forma jurídica típica de la ley de sociedades comerciales, obviando otras alternativas vigentes del derecho público.
[15] El Convenio fue originariamente establecido en Washington en 1965.
[16] CSJ. Ekmekdjian c / Sofovich. 7/7/1992. Se adjudica al entonces Juez Rodolfo Barra y al Juez Boggiano , la autoría intelectual de esa construcción.
[17] Este voto es conformante de la decisión de la mayoría, pero los fundamentos particulares que aportan destacan la factibilidad de aceptar la obligatoriedad de las normas internacionales, aún con el texto previo a la Reforma de 1994.

conformes con que los tratados se celebren de la manera propuesta, no lo están con que se les considere como la Ley Suprema de la Nación. Sostiene y hacen profesión de creer que los tratados, como los demás actos de una Asamblea Legislativa, deberían poder revocarse cuando parezca conveniente. Esta idea parece ser nueva y original en nuestro país, pero tanto pueden surgir nuevas verdades como nuevos errores. ***Estos señores harían bien en reflexionar que el tratado es sólo otro nombre que se aplica a un contrato, y que sería imposible encontrar una Nación dispuesta a celebrar cualquier contrato con nosotros, que los comprometiera a ellos de modo absoluto y a nosotros sólo tanto tiempo y hasta el grado que se nos antojara***[18]*. Los que hacen las leyes pueden, sin duda alguna, enmendarlas o derogarlas; y tampoco se discute que quienes hacen los tratados pueden alterarlos o cancelarlos; pero no olvidemos que los tratados están hechos no sólo por una de las partes contratantes, sino por las dos y, consiguientemente, que así como el consentimiento de ambas fue indispensable para su conclusión original, así también lo es [para] siempre para alterarlos o cancelarlos*"

Y la reseña de la fuente histórica en el considerando 22 traída desde la letra espíritu mismo del constituyente bonaerense[19], mandante de los convencionales nacionales de 1860:

" Deben destacarse asimismo, en orden a desentrañar el significado atribuido al art. 31 por los constituyentes provinciales y nacionales de 1860, tanto las razones aducidas por los primeros para la incorporación de la reserva final --que exceptuó del cumplimiento de los tratados a "las provincias que no hubieran tenido su representación en el Congreso al tiempo de su aprobación, y que no se la otorguen posteriormente por medio de su legislatura"-- cuanto los motivos por los cuales los últimos aceptaron parcialmente tal propuesta.

En lo que respecta a los constituyentes provinciales, la causa por la cual propusieron la salvedad analizada está expresada en las palabras de quien la impulsó, el diputado Mármol, en los siguientes términos-- "En las reformas propuestas por vuestra Comisión algo hay relativo a la ciudadanía, pero todas las disposiciones a ese respecto sólo podrían desgraciadamente evitar un mal que se ha consumado ya --me refiero al sacrificio de la ciudadanía natural en los hijos de los extranjeros--, que se ha consumado en el tratado celebrado con la corona española...".

[18] El resaltado me pertenece.
[19] Se debe tener presente, que para unificar el país, en 1860 se realizó la enmienda de la Constitución que incorporó a la provincia de Buenos Aires y su representación.

"Comprometida la Confederación actual en los efectos de ese tratado, el Congreso legislativo será impotente para salvarla de ellos, aun cuando pretendiese derogar con una ley la relativa a la ciudadanía, que ha sido elevada a la categoría de compromiso internacional, y como tal fuera ya de las disposiciones ulteriores de un cuerpo legislativo, pues los tratados públicos no se modifican o extinguen sino por el consentimiento de las partes contratantes, o por el cañón...".

"Por la Constitución federal, cada provincia reconoce como ley fundamental la Constitución, las leyes del Congreso y los tratados: ... en cuanto a los tratados, una vez comprometidos en su responsabilidad, ya no está en el Congreso ni en el derecho de la Nación el poder emanciparse de sus obligaciones;... Y cuando se ha dicho que estando el compromiso con la España basado en una ley del Congreso, derogada esa ley queda sin efecto la estipulación del tratado, se ha dicho una necedad o una mentira. El tratado ha levantado una ley ulterior a la categoría de ley pública; y esta clase de leyes ya no es derogable sino por el acuerdo mutuo de las dos soberanías contratantes".

Esta acertada visión de las relaciones existentes entre el derecho interno y los tratados internacionales fue lo que determinó a los constituyentes provinciales a condicionar su aprobación de la Constitución de 1853 a la mentada condición.

Los convencionales de Santa Fe, por su parte, admitieron tal reserva pero con la limitación que surge del texto actual de la Constitución Nacional. Es interesante indagar sobre los motivos que pudieron haber guiado a estos últimos en la introducción del aludido cambio. Si bien tales razones no se expresan en las actas, es indudable que los impulsó la voluntad de mantener en pie los compromisos asumidos con potencias extranjeras, de modo que no se vieran frustrados por los porvenires de la política interna de la Nación. En este sentido, los convencionales fueron más lejos de las expresiones vertidas por el diputado Mármol, puesto que parecería que entendieron necesario preservar la suerte de los compromisos internacionales incluso de un eventual cambio en la Ley Suprema de la Nación. Más allá del acierto de este último criterio, lo cierto es que demuestra claramente el rango superior atribuido a los tratados sobre las leyes del Congreso. "

A renglón seguido, en el punto 23, se desarrolla la teoría del acto complejo federal que constituye el procedimiento completo de la celebración y perfeccionamiento de un Tratado. En general coincidimos con esa construcción, pero cuando se esfuerza en el punto 24 el vigor de la Convención de Viena, nos

apartamos. Ya hemos opinado en varias oportunidades[20] que no tiene el legislador competencia suficiente como para atribuir características especiales a las normas, que no hayan sido previstas por el constituyente, y si bien la complejidad de la celebración del tratado exorbita la competencia legislativa, no es un medio positivo idóneo para modificar el orden de prelación de las normas en la pirámide constitucional. No obstante, nuestra opinión no quita valor científico al planteo comentado, y vale la pena recordarlo:

"*Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. Esta convención, que reglamenta válidamente las disposiciones constitucionales y completa su mencionada parquedad, ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango al tratado sobre la ley (confr. el consid. 6° de Fallos 257:99). Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena que establece que: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Se recogió, por medio de este precepto, una tradicional norma de Derecho internacional consuetudinario que había sido reconocida en numerosas oportunidades por la jurisprudencia de los tribunales internacionales.* "

Los TPRI y la prorroga de jurisdicción.

El tribunal encargado de dirimir diferencias respecto de inversiones resolvió hace poco en favor de la empresa CMS Gas Transmission Company -accionista minoritario de la compañía Transportadora de Gas del Norte- la demanda presentada contra el país y lo condenó al pago de US$ 133,2 millones.

Los TPRI, firmados a diestra y siniestra durante el gobierno peronista de Menem se convirtieron en Ley de la Nación. Para el caso que nos ocupa la LN 24118 convalidó ese acuerdo con el Reino de España.

La Posición de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN).

La conducción de la abogacía estatal ha tenido dos posiciones distantes, ambas dignas de estudio. En el primer período de Néstor Kirchner en la Presidencia de la Nación, contó con un funcionariado de alta

[20] BIGLIERI, Alberto. *"Las Ordenanzas Municipales en el nuevo art. 77 de la LOM"*, Revista de Derecho Público, Derecho Municipal – I, 2004 - 2, editores Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires . 2004.

capacitación técnica y experiencia en la administración pública. Se destacaban entre ellos el Ministro de Economía (R. Lavagna) y el Procurador del Tesoro de la Nación Horacio Rosatti. Ambos le imprimieron a la conducción económica del país criterios que conformaron algunas de las bases sobre las que se aprovecharon las variables macroeconómicas internacionales para fundar la fuerte recuperación económica del país en los últimos diez años. Una de las ideas que proponía Rosatti , no fue seguida, ni admitida , ni impulsada por el Gobierno, pero disparó un debate que aún hoy no se ha acallado: la denuncia de los Tratados Internacionales de Protección Recíproca de inversiones que contuvieran clausulas de prórroga de jurisdicción ante los tribunales arbitrales del Banco Mundial / BIRD (CIADI) . Esta propuesta[21] , a la que adscribimos[22] implicaba la reasunción de las potestades soberanas de jurisdicción, y el riesgo – obvio – de una disminución del flujo de inversiones extranjeras. Esta reseña en abstracto, parecería indicar que esa propuesta no acarreaba ninguna ventaja ni mejora para el país, pero lo cierto es que desde la profunda crisis 2001/2002, el capital extranjero no ha vuelto a nuestro mercado, con o sin Tratados de Protección (con clausulas de prórroga de jurisdicción). Luego, a su turno, cuando la Procuración fue titularizada por Osvaldo Guglielmino, primó un criterio, menos principista y más procesal, sostenido en el hecho del volumen de causas que se amontonaban en el CIADI – en especial por la congelación de tarifas y los reclamos de inversiones – por el cual se prefirió mantener sin denuncia los TPRI , argumentando que el CIADI, al saber de la continuidad de su vigencia, no impondría medidas cautelares a la Argentina, mientras desarrollaba las causas , que sin resolución y, pendiente todavía la discusión sobre el trámite de las eventuales ejecuciones, conferirían un precioso tiempo al país para seguir reforzando sus reservas y salud económica.

Conclusión.

Los apuntes, económicos políticos y sociológicos precedentes se enhebran con las mencionadas opiniones de Sacristán y Barra sobre la aplicación de la ley de expropiaciones. La situación de la ocupación temporánea, la ineludible responsabilidad estatal al no haber satisfecho el pago previo de los bienes sujetos a esta condición y los compromisos internacionales conforman una serie de expectativas de un resultado desagradable.

Percibo una estrategia financiera en la decisión: el diferimiento en el tiempo de esta obligación quedará para que se haga cargo de ella otra gestión.

---

[21]ROSATTI, Horacio. Prorroga de jurisdicción y soberanía nacional. Revista de Derecho Público. 2004/1. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2004. Ver también:
http://www.cepal.org/drni/noticias/noticias/2/41152/Horacio_Rosatti.pdf.

[22] BIGLIERI, Alberto. ESTUDIOS DE DERECHO DE LA INTEGRACION. Editorial EJ. Buenos Aires. 2010.

Esa estrategia financiera, además, se sostiene en esa actitud incomprensible de elegir la compra compulsiva de una parte del paquete accionario de una empresa – por más plan estratégico de autoabastecimiento que se quiera esgrimir – que como método de intervención estatal en la economía solo reafirma una vocación similar al menemismo en lo que a economía política se refiere: este método mantiene la policía bursátil en la jurisdicción americana[23].

Sospecho también, del silencio sepulcral de REPSOL. La crisis española puede haber dejado en segundo plano el caso YPF, pero inevitablemente el conflicto se resolverá en alguna jurisdicción. Creo que el CIADI y sus árbitros esperan el caso con los brazos abiertos.

Otra vez, como en aquella propuesta de Rosatti, el gobierno argentino no honra la concepción filosófica de su pasado partidario y acude a las herramientas típicas del neoliberalismo mientras argumenta ante una sociedad inerte su desprecio total por un liberalismo económico internacional al que le resultará, con el tiempo, más funcional aún que cualquier gobierno en el pasado .

[23] Bolsa de Nueva York.